

EL E-MAIL EN EL TRABAJO: EL CONTROL INFORMÁTICO DEL EMPLEADOR SOBRE EL EMPLEADO

E-MAIL AT WORK: COMPUTER CONTROL OF THE EMPLOYER OVER THE WORKER

E-MAIL AU TRAVAIL : LE CONTRÔLE INFORMATIQUE DE L'EMPLOYEUR SUR L'EMPLOYÉ

Sotelo-Vargas Diego Andrés*

*Fecha de recepción : 9 de octubre de 2014
Fecha de aprobación : 20 de noviembre de 2014*

Pág. 157 a 168

RESUMEN

Este artículo busca dar unas nociones básicas frente al dilema que se presenta en la actualidad, cuando el empleador brinda medios informáticos para mejorar la productividad laboral de sus empleados, pero estos, por otro lado, generan daños al empleador, reduciendo la eficiencia y hasta llegando a generar responsabilidades con terceros dado el mal uso de estas tecnologías.

Si bien cada caso en concreto tiene sus diferencias, por lo general se ve limitado el control por parte del empleador de los medios informáticos, no porque no se cuente con las herramientas tecnológicas para realizar el seguimiento, sino porque al realizar este pueden verse vulnerados los derechos del empleado.

PALABRAS CLAVE

Derecho laboral, Correo electrónico, intimidad, fiscalización. Medio informático

* *Universidad Santo Tomás Tunja, Tunja-Boyacá, Colombia, correo: diego.sotelo@ustatunja.edu.co..*

ABSTRACT

This article seeks to provide a basic understanding facing the dilemma that occurs today, when the employer provides computer resources to improve labor productivity of their employees, but these on the other hand generate damage to the employer, reducing the efficiency and even reaching generate responsibilities with others considering their poor use of these technologies.

While each individual case has its differences, usually control is limited by the employer of information technology, not because they have the tools to track technology, but because when performing this can be violated rights the employee.

KEY WORDS

Labor law, e-mail, privacy, control. Informatic mean

RÉSUMÉ

Cet article cherche à donner quelques notions basiques en face du dilemme que l'on présente actuellement, quand l'employeur offre des moyens informatiques pour améliorer la productivité de travail de ses employés, mais ceux-ci génèrent d'un autre côté des dommages à l'employeur, en réduisant l'efficacité et jusqu'à arriver à générer des responsabilités avec troisièmes, donné son mauvais usage de ces technologies.

Bien que chaque cas a en somme ses différences, en général le contrôle se trouve limité de la part de l'employeur des moyens informatiques, non parce que l'on ne dispose pas des outils technologiques pour réaliser le suivi, mais parce que, après avoir réalisé cela, ils peuvent traiter des droits transgressés de l'employé.

MOTS CLÉS

Droit du Travail, Courrier Électronique, Intimité, Contrôle, Milieu Informatique

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN 2. METODOLOGÍA 3. EL EMPLEADOR Y LOS MEDIOS INFORMÁTICOS LABORALES 4. LA UTILIZACIÓN DE LOS MEDIOS INFORMÁTICOS LABORALES POR EL EMPLEADO 5. EL CONTROL INFORMÁTICO DEL EMPLEADOR SOBRE EL EMPLEADO EN COLOMBIA 6. CONCLUSIONES 7. REFERENCIAS

1. INTRODUCCIÓN

El concepto de la cibernética se refleja en dos partes por un lado, se encuentra el hombre, y por el otro, la máquina, su resultado es el dominio y uso del hombre frente a ésta, por tal razón, las medidas tecnológicas tienen a un fin primordial y es aumentar la productividad. Es aquí donde se presenta la relación de que la evolución del individuo es análoga a la de la humanidad, y donde la tecnología desempeña un papel importante cuando se une con otras ciencias, ya que se podrían esperarse los mejores resultados.

Este fenómeno es conocido como la informática que el doctor Téllez, J. (1987) define:

La palabra "informática" es un neologismo derivado de los vocablos información y automatización, sugerido por Phillippe Dreyfus en el año de 1962.

En sentido general, la informática es un conjunto de técnicas destinadas al tratamiento lógico y automático de la información para una mejor toma de decisiones desde el punto de vista de un sistema integrado. (p. 11).

Entonces, el uso de la tecnología, en específico de la computadora y el internet, se ha vuelto cada vez más indispensable

y presente desde las organizaciones de diferentes tamaños: desde las grandes empresas, hasta los hogares, lo que constituye una de las fuerzas sociales más poderosas, generando aspectos positivos como negativos, razón por la cual es de vital importancia la observación y regulación de estos fenómenos que se presentan en cada esfera social, debido a que el acceso a estos medios es cada vez mayor, lo que genera cada vez más espacios para la vulneración derechos.

Ahora bien, hay que ubicarse en el ambiente laboral, donde nos encontraremos con medios informáticos que el empleador pone a disposición de sus empleados, buscando una mayor eficiencia por parte de estos; dentro de dichos medios informáticos se pueden encontrar los correos electrónicos empresariales o institucionales, conexión a intranet¹ e internet², computadores, entre otros.

El buen uso de estos medios hace más competitiva una empresa o institución, sin embargo, el empleado en la mayoría de los casos busca también desarrollar su vida privada a través de estos, dándole la connotación que se mantiene por fuera del ámbito laboral como lo es, el uso social. En efecto, los nuevos conflictos laborales se dan por el mal uso de las tecnologías de la información, punto donde el empleador tratará de tomar correctivos, que según el caso pueden verse en colisión con derechos del empleador, como lo es el derecho a la intimidad, ya que la finalidad del primero será poseer información y ejercer control sobre el trabajo del segundo, y este último preservar su intimidad y como ejercicio de

ese derecho, mantener el secreto de sus comunicaciones.

Dicho lo anterior, se debe buscar solución a esta problemática desde el derecho laboral, que debe ser actual de cara a los nuevos riesgos tecnológicos que se presentan en la era digital, con el fin de garantizar los derechos del empleado como del empleador, logrando un punto de equilibrio para la interacción de estos medios informáticos en el trabajo.

2. METODOLOGÍA

Se trata de una investigación descriptiva y documental, básicamente tendiente a determinar la formulación de un problema jurídico específico y que implica establecer cuál es el control adecuado por parte del empleador de los medios informáticos al servicio de sus empleados.

Con el fin de dar respuesta, se realizará una revisión de la doctrina nacional y comparada sobre el tema, tendiente a verificar la existencia de tensión frente a la problemática planteada.

3. EL EMPLEADOR Y LOS MEDIOS INFORMATICOS LABORALES

El empleador cuenta con grandes prerrogativas como lo son el poder directivo, de control o disciplinario y el *ius variandi*, que lo facultan para imponer órdenes y reglamentos al trabajador, y dado la rápida difusión de las tecnologías digitales junto con la eficiencia, se replantean las herramientas de trabajo que permiten

1 Una intranet es una red de ordenadores privados que utiliza tecnología de redes para compartir dentro de una organización parte de sus sistemas de información y sistemas operacionales

2 Internet es un conjunto descentralizado de redes de comunicación interconectadas que utilizan la familia de protocolos TCP/IP, lo cual garantiza que las redes físicas heterogéneas que la componen funcionen como una red lógica única, de alcance mundial.

un elevado ritmo de crecimiento de la ocupación.

El poder de dirección el empleador está conformado por todas las facultades que tienen por objeto una buena prestación del trabajo y forma parte del contenido esencial de la libertad de empresa, sin embargo, estas facultades están limitadas naturalmente de los derechos fundamentales de los trabajadores. Pero la supervisión que ejerce el empleador frente al uso de las herramientas no implica una incompatibilidad entre el respeto debido a las derechos fundamentales del trabajador y el seguimiento de los medios informáticos que permiten obtener información sobre el uso y por ende el grado de cumplimiento de las obligaciones laborales, esto con único fin de la productividad y que posteriormente sea prueba de las irregularidades que se presentan con ese trabajador.

Esto simplemente confirma que la preocupación laboral siempre ha sido la misma a través del tiempo, ser lo más productivo posible, y en la medida en que avanza la humanidad se han creado nuevos medios para cumplir con esta finalidad, razón por la cual el empleador dota a sus empleados con medios informáticos³, como lo es el correo electrónico empresarial o institucional que será el objeto de análisis.

Se entenderá que es un correo empresarial o institucional cuando su terminación refiere a un dominio registrado por la misma, por ejemplo xxx@empresa.com, el correo electrónico, es un medio con el

que se ha reducido no solo tiempo en las comunicaciones sino costos y de igual forma se ha vuelto más eficiente la labor que requiere de inmediatez; así mismo forma es un medio de comunicación cuyo uso social se ha hecho más frecuente, evidenciando el doble filo de los medios informáticos en el ámbito laboral, pues pueden incrementar la productividad también pueden degenerar en distractores, o la vía perfecta para transmitir información propia de la empresa dando como resultado el daño de la imagen misma, es decir el “good will”

“En efecto, los nuevos motivos de conflictos laborales vinculados al mal uso de las tecnologías facilitadas a los trabajadores pasan por –durante el horario de trabajo hacer uso de la computadora para realizar trabajos de otros empleos; acceder a páginas web que no tienen vínculo alguno con las labores; mantener conversaciones vía Chat o Messenger; realizar cursos a distancia haciendo uso de la computadora y el Internet de la empresa; participar de juegos on-line, descargar documentos, fotografías, audios o videos de ocio, humorísticos o pornográficos; sobrecargar y hasta bloquear la red de la empresa; infiltrar virus, gusanos, troyanos y otros que afectan los sistemas del empleador; usar para fines personales el correo electrónico asignado; situaciones de acoso o insultos, vía e-mail, entre trabajadores; responsabilidad de la empresa frente a terceros por el mal uso del email institucional; competencia

³ Dentro de estas herramientas de trabajo tendríamos –entre otras- a los teléfonos, telefax y celulares, las computadoras y todas sus partes integrantes y accesorias, las impresoras, fotocopadoras y escáneres, el acceso y navegación en Internet, las diferentes aplicaciones y recursos electrónicos que se puedan facilitar mediante –por ejemplo- una intranet institucional, las bases de datos, los programas, documentos, archivos y carpetas de archivos “colgados” –por ejemplo- en la red corporativa de la empresa y, desde luego, el correo electrónico como una herramienta de trabajo, hoy en día fundamental.

desleal, espionaje industrial, fuga de información sensible o comisión de delitos informáticos y un largo etcétera” (Larrea De Rossi, 2009)

Cuando se materializan las anteriores conductas por parte del trabajador, da cabida a que se apliquen las causales justas de despido referidas en el Código Sustantivo del Trabajo, artículos 62 especialmente numeral 13 que dice “La ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada”. Y el artículo 60 específicamente el numeral 8 que versa de la siguiente manera “Usar los útiles o herramientas suministradas por el {empleador} en objetos distintos del trabajo contratado.”

En ese orden de ideas

“El control del e-mail laboral -que realiza la empresa- puede tener por fin:

- 1) Fin Preventivo o de Mantenimiento:** evitar los perjuicios que causan los virus informáticos, evitar la sobrecarga de la red empresarial, evitar el exceso de capacidad de almacenamiento de las cuentas de correo o del servidor, etc. (lo cual se puede llevar a cabo mediante un control externo de los e-mails y utilizando herramientas informáticas sin necesidad de ingresar a los contenidos)
- 2) Fin Organizativo:** precisar la productividad individual de los trabajadores mediante la supervisión

de su trabajo plasmado en e-mails y hacer un seguimiento de la correcta forma en que se brindan los servicios (por ejemplo, una adecuada atención al cliente cuando se da respuesta por e-mail para lo cual es indispensable acceder al contenido del e-mail laboral)

- 3) Fin Fiscalizador:** controlar de forma fiscalizadora y con afán disciplinario, el buen uso de las herramientas de trabajo a fin de aplicar sanciones a los infractores y/o reunir pruebas para sancionar diferentes faltas laborales (se trata de buscar, detectar y/o verificar situaciones irregulares para lo cual es indispensable acceder al contenido del e-mail laboral)” (Larrea De Rossi, 2009)

Pero hasta este punto, se haría mal el pensar que, el poder del empleador es omnímodo, debe quedar claro que el hecho de que se otorguen a los trabajadores medios informáticos con el fin de que desempeñen sus funciones en forma correcta, no puede asumirse que estas se limiten frente a derechos fundamentales y por ende estas prácticas de monitoreo o fiscalización deben verse desde el respeto a las garantías constitucionales.

4. LA UTILIZACIÓN DE LOS MEDIOS INFORMÁTICOS LABORALES POR EL EMPLEADO

En efecto, es garantía constitucionalmente reconocida en el artículo 15⁴, que toda persona tenga derecho a que sus

4 ARTÍCULO 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley. Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.

comunicaciones y documentos sean privados, esto no deja por fuera al trabajador en su entorno laboral, por consiguiente la Corte Constitucional se ha dado a la tarea de versar sobre el tema de la siguiente manera:

“Reiteradamente esta Corporación ha señalado que el derecho a la intimidad permite y garantiza en los asociados, el poder contar con una esfera o espacio de vida privada no susceptible de la interferencia arbitraria de las demás personas, que al ser considerado un elemento esencial del ser, se concreta en el derecho a poder actuar libremente en la mencionada esfera o núcleo, en ejercicio de la libertad personal y familiar, sin más limitaciones que los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico. En ese orden de ideas, y al no ser un espacio que forme parte del dominio público, obedece al estricto interés de la persona titular del derecho y por consiguiente no puede ser invadido por los demás. Por esta razón, ese espacio personal y ontológico, sólo «puede ser objeto de limitaciones» o de interferencias «en guarda de un verdadero interés general que responda a los presupuestos establecidos por el artículo 1o. de la Constitución». La jurisprudencia de la Corte Constitucional tal y como se ha dicho, ha señalado que el derecho a la intimidad es entonces, inalienable, imprescriptible y solo susceptible de limitación por razones legítimas y debidamente justificadas constitucionalmente.” (Sentencia C – 640 de 2010)

Pero es el empleador el titular de esos medios que por lo general radican en los mismos establecimientos de la empresa y “en el entendido [de] que los computadores de la empresa son para desarrollar labores

de la misma, es apenas obvio que el empleador vigile y revise los contenidos que son accedidos por sus empleados (...)” (Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, 2014)

Sin embargo, los trabajadores tienen la obligación de conservar en buen estado las herramientas que se les proporciona para realizar su labor, se recomiendan que firmen una forma cuando les sean entregados. Claro está que, no se pueden responsabilizar del deterioro causado por el uso, ni del originado por caso fortuito o fuerza mayor o mala calidad o defectos que estos presenten.

Pero no es secreto que en la actualidad se hace una verdadera tentación hacer un mal uso de los medios informáticos para actividades de carácter privado, en especial el correo electrónico, obligando a actualizar la legislación y que las altas cortes traten esta temática como en el caso de la Corte Constitucional.

Uno de los medios de comunicación privada que cobra especial importancia en la actualidad con el surgimiento de la informática es el correo electrónico, sobre el cual, dada la complejidad de la realidad actual exige una aproximación a la intimidad que tenga en cuenta los diversos aspectos que la contempla, entre los cuales se halla el derecho a controlar la información acerca de uno mismo. Por tratarse entonces de un dispositivo que tiene un ámbito privado, es que la regla constitucional prevista en el artículo 15 Superior, referida a la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación privada, tiene total aplicabilidad cuando se trata de correos electrónicos, pues se trata de una forma de comunicación entre personas determinadas, siendo solamente posible su interceptación o registro, (i)

mediante orden de autoridad judicial, (ii) en los eventos permitidos en la ley y (iii) con observancia estricta de las formalidades que la misma establezca. (Sentencia T- 918 de 2008)

El comportamiento del trabajador conlleva costes económicos para la empresa, en cuanto, supone la pérdida de tiempo de trabajo efectivo, en el que, no está realizando su labor y una disminución de su rendimiento de esto se han dado cuenta los altos tribunales de dos estados principalmente España y Perú que se abordarán a continuación, no sin antes explicar las dos posturas que se dan en el tratamiento de la temática planteada.

La primera postura recae en el supuesto de que el empleador puede realizar dicho control, ya que no realizarlo deja en un estado vulnerabilidad a la empresa frente a al uso indebido de los medios informáticos y si los trabajadores conocen el uso que se le debe dar a dichas herramienta, no hay forma entonces de que se vulnere su privacidad al momento de realizar un control sobre el correo electrónico.

Es así el caso del Tribunal Supremo Español cuando dice:

Asimismo, el trabajador ha utilizado el correo electrónico para enviar mensajes humorísticos, sexistas e incluso algunos obscenos a sus compañeros de trabajo y amistades, todo ello dentro del horario laboral y utilizando los medios propios de la Entidad Bancaria. Dicha actuación supone la pérdida de tiempo de trabajo efectivo, tanto del trabajador al confeccionar y enviar los mensajes como de sus compañeros al recibirlos y leerlos.

El tipo de mensajes enviados, en horario laboral han sido «pasión imperecedera», «hombres! =Mujeres», «Chiubaka», «curso de anatomía», «cosas del matrimonio», «hay

que rendirse ante la evidencia», «per anar a dormir», «competición de barcos», «una de chistes», estupefacientesssss...», y otros claramente obscenos.

Nuestra doctrina jurisprudencial ha venido señalando (en aplicación del artículo 54.2d ET) como esta causa de despido comprende, dentro de la rúbrica general de transgresión de la buena fe contractual, todas las violaciones de los deberes de conducta y cumplimiento de la buena fe que el contrato de trabajo impone al trabajador

- En el presente supuesto, la naturaleza y características del ilícito proceder descrito suponen una clara infracción del deber de lealtad laboral que justifica la decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo con base en el citado art. 54.2.d), al haber utilizado el trabajador los medios informáticos con que cuenta la empresa, en gran número de ocasiones, para fines ajenos a los laborales (Tribunal de Cataluña, sentencia 9382. De 2000)

Otra posición sostiene que el realizar dichos controles afecta el derecho a la intimidad del trabajador en consecuencia es ilegal el interceptar o registrar las comunicaciones emitidas desde el correo electrónico, haciendo la salvedad de la diferencia que existe entre estos dos términos *ya que la Corte Constitucional ha distinguido indicando que "interceptar una comunicación consiste en apoderarse de ella antes de que llegue a la persona a quien se destina, detenerla en su camino, interrumpirla u obstruirla, en fin, impedir que llegue a donde fue enviada; registrarla, por su parte, implica examinarla con cierto cuidado para enterarse de cuanto contiene."* (Sentencia T – 916 de 2008).

Esto nos deja en un punto donde se ve impedido el empleador ya que, si bien puede ordenar un uso estrictamente laboral

del correo electrónico, se ve limitado al momento de registrar el correo, porque vulneraría el derecho fundamental a la intimidad y se haría casi que imposible la imposición de la sanción que resulta de hacer un uso indebido.

Es así como el Tribunal Constitucional de Perú señala:

Haber utilizado indebidamente los recursos públicos dentro del horario de trabajo para realizar actividades de índole particular, totalmente ajenas al servicio, constatándose el envío de material pornográfico a través del sistema de comunicación electrónico, denotando falta de capacidad e idoneidad para el desempeño del cargo e inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo

(...) queda claro que la controversia planteada permite considerar un hecho de suma trascendencia: el de saber si los medios informáticos de los que se vale un trabajador para realizar sus labores, pueden considerarse de dominio absoluto de la entidad o empresa para la que labora, o si, por el contrario, existe un campo de protección respecto de determinados aspectos en torno de los cuales no le está permitido al empleador incidir de manera irrazonable.

- En efecto, conforme lo establece el artículo 2°, inciso 10), de nuestra norma fundamental, toda persona tiene derecho a que sus comunicaciones y documentos privados sean adecuadamente protegidos, así como a que las mismas y los instrumentos que las contienen, no puedan ser abiertas, incautadas, interceptadas o intervenidas sino mediante mandamiento motivado del juez y con las garantías previstas en la

ley. Aunque, ciertamente, puede alegarse que la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos le pertenecen a la empresa o entidad en la que un trabajador labora, ello no significa que la misma pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos, pues con ello evidentemente se estaría distorsionando el esquema de los atributos de la persona, como si estos pudiesen de alguna forma verse enervados por mantenerse una relación de trabajo (Tribunal Constitucional Perú, sentencia EXP. N.º 1058 de 2004).

La posición que se puede plantear, infiriendo de los dos puntos planteados, es que el control, ejercido por parte del empleador si se puede realizar en la medida de que se hagan conocer los parámetros y bajos ciertas condiciones, se puede registrar el correo electrónico otorgado al trabajador, con el fin de no generar una falsa expectativa de intimidad en el uso de los medios informáticos y en el caso de ser necesaria la intervención judicial para acceder a estos correos, será cuando el empleador no genere las formas de proceder frente al registro directo donde se genera la expectativa de intimidad por parte del empleador.

5. EL CONTROL INFORMÁTICO DEL EMPLEADOR SOBRE EL EMPLEADO EN COLOMBIA

La controversia legal gira en cómo realizar el procedimiento para obtener la información que confirma la falta del trabajador, con el fin de que este procedimiento no resulte ilegal dando como resultado un despido injustificado ya que da como resultado la vulneración de los derechos del trabajador.

En Colombia han sido pocos los pronunciamientos de las altas cortes frente a esta temática en específico, además de que no existe una legislación exacta que defina el punto de equilibrio, sin embargo, se ha adoptado la segunda posición que se presentaba anteriormente, es así como la Corte Constitucional se pronuncia al respecto presentando el siguiente caso

La demandante estima que sus derechos fundamentales a la intimidad, a la honra y al buen nombre le fueron vulnerados por la acción de la demandada quien extrajo del computador de la empresa unas fotografías personales de la actora, que según ésta estaban almacenadas en una carpeta personal, procediendo a exhibirlas no solamente a los miembros de la Junta Directiva para fundamentar su solicitud de retiro de la demandante, sino ante la familia de ésta. (...)

(...)La demandada por su parte, considera que su proceder se encuentra justificado por el uso indebido que la demandante le dio a los elementos de trabajo (computador y línea telefónica), al incurrir en lo que califica como un uso arbitrario consistente en “la introducción de pornográficas e inmorales fotografías al computador de la asociación”.

(...)Pretende así mismo la demandante justificar su proceder manifiestamente invasivo de un ámbito personal de la actora, con el señalamiento de un uso indebido de los elementos de trabajo (computador y línea telefónica por el uso inadecuado del internet). Sin embargo, para poner de presente este hecho no necesitaba exhibir el contenido de la información personal sustraída ante la Junta Directiva y mucho menos

ante los padres de su subalterna. Le hubiese bastado con emitir un informe sobre lo que consideraba uso indebido o noautorizado de los elementos de trabajo para adoptar las determinaciones de contenido disciplinario o laboral que pudieran derivarse de tal comportamiento. El énfasis que pusieron en sus declaraciones tanto la demandada como los demás directivos de la asociación sobre el “contenido inmoral” de la información extraída del computador, es una descalificación que se deriva no de las imágenes en sí mismas que debieron permanecer en el ámbito personalísimo al que pertenecen, si no de su divulgación, hecho que no es atribuible a la actora, sino a la demandada. (...)

(...)La relación laboral existente entre actora y demandada no autorizaba esta invasión a aspectos de la vida privada de la primera, por antiestético, desagradable o “escabroso” como lo define la demandada, que le pareciera el contenido de las imágenes que halló en el archivo auscultado. Se trataba de una información que revelaba escenas de la vida personal de la actora, sin incidencia alguna en su desempeño laboral. (Sentencia T-405 de 2007)

Es así como se han protegido los derechos fundamentales a la intimidad junto con el buen nombre y la honra en este caso, ya que el empleador en su actuar realiza una vulneración directa en estos derechos dando cabida a que el trabajador pueda iniciar procesos penales en contra de su empleador al violar dichos derechos, y con Ley 1273 de 2009⁵ se crea el tipo penal

5 Ley 1273 de 2009. “Por medio de la cual se modifica el Código Penal, se crea un nuevo bien jurídico tutelado - denominado «de la protección de la información y de los datos» y se preservan integralmente los sistemas que utilicen las tecnologías de la información y las comunicaciones, entre otras disposiciones».

específicamente en su artículo 269C Interceptación de datos informáticos.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia aclara que muchas veces el proceso penal no es garantía suficiente y efectiva ante la violación de dichos derechos, y que es vital para acceder a estos medios informáticos, la orden judicial que autorice el acceso y recolección de información de los mismos a pesar de que sean de titularidad del empleador, situación que se referencia en el siguiente caso:

“[a] cudén como técnicos en sistemas, el Sr. Mauricio Arbeláez asesor en sistemas de la convocante y el Sr. Gabriel Jaime Alzate, ingeniero en sistemas, de la empresa Micronet, que apoya a la empresa Química Amtex S.A.”; que “se está verificando la información que reside exclusivamente en el servidor de Química Amtex S.A.” (Se subraya) y que “[c]on el fin de optimizar la recolección de la información digital que reposa en la empresa, y recuperar los documentos que ya han sido borrados de la bandeja de entrada del correo electrónico del Dr. Gustavo Adolfo Restrepo, (...)

Es posible concluir que la totalidad de los mensajes de datos intervenidos y grabados en desarrollo de la mentada diligencia, se extrajo del servidor de la empresa contra la que se decretó la prueba y, en particular, de las direcciones de correo electrónico de que es titular la sociedad Química Amtex S.A. (con la dirección que tiene la terminación o el “dominio” @amtex.com.co) y cuya utilización ésta asignó a sus funcionarios, se entiende, como una herramienta de trabajo, para el cumplimiento de sus labores. Dado lo anterior, es razonable deducir que la correspondencia allí contenida atañe, de manera general, a las actividades

ordinarias de la compañía y, por ende, no es correspondencia “privada” de los funcionarios, sino “institucional”, objeto, claro está, de la exhibición de documentos decretada por el Tribunal de Arbitramento, más aún si una de las restricciones adoptada hacía referencia a que se tratara de correspondencia “cruzada” entre los funcionarios de la compañía y no la de éstos con terceros.(...)

De tenerse que efectuar la revisión de contenidos de los mensajes grabados en los discos compactos, el Tribunal de Arbitramento deberá respetar el derecho a la intimidad de los trabajadores de Química Amtex S.A. en relación con los mensajes de datos que, luego de la verificación que el Tribunal realice, ostente carácter privado o personal de los funcionarios, y que, por encontrarse en las direcciones de correo electrónico de la sociedad, hubieren sido grabados en los discos compactos en que se recogió la información. De igual modo, el Tribunal velará porque la privacidad de los trabajadores se respete cabalmente por las partes del mencionado conflicto arbitral, por los apoderados judiciales de éstas, por el auxiliar de la justicia y los técnicos en sistemas que intervinieron en la inspección judicial con exhibición de documentos allí surtida. (Corte Suprema de Justicia, Radicado 05001-22-03-000-2007-00230-01 de 2007)

Esto da cuenta que en Colombia, a pesar de ser pocos los pronunciamientos judiciales al respecto, no significa que no sean frecuentes dentro de la sociedad, sino que son pocos los trabajadores que cuentan con el conocimiento o los medios para hacer efectivos sus derechos, pero sucede lo mismo con los empleadores que ponen a disposición de los primeros, los medios

informáticos para que realicen mejor sus tareas, debido a que el empleador no deja claro en un principio el uso exclusivo de dichas herramientas ni el proceder o control (que incluye la vigilancia) con el fin de que el trabajador se limite a realizar un eso netamente laboral.

Pero no es sino hasta el 2014, cuando el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de Colombia, realiza un pronunciamiento al respecto, lo que evidencia la respuesta tardía por parte de las entidades competentes, dejan claro que no solo el derecho interno se ve relegado frente a la aparición de nuevas tecnologías, sino que deja un margen amplio de vulnerabilidad. Y finalmente llega a una conclusión a la que ya se había llegado hace 13 años atrás por el derecho comparado

“Más allá de la regulación interna que determina la empresa si la conducta desplegada por el empleador se refiere a la intromisión abusiva (es decir sin autorización del trabajador) en redes sociales propias del empleado y sus correos personales, podría de acuerdo al caso concreto y previo concepto de la autoridad competente, configurarse una violación al derecho a la intimidad y eventuales violaciones a algunas conductas descritas en la ley 1273 de 2009⁶” (Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, 2014) El empleador puede dar a conocer estas medidas ya sea a través de una cláusula en el contrato de trabajo o en el reglamento de trabajo de la empresa, lo cual, elimina toda falsa expectativa de intimidad o de uso personal por parte del trabajador

“Ya que nada se opone jurídicamente a que el empleador opte por prohibir la utilización de los instrumentos informáticos de la empresa para fines particulares del trabajador, hay ejemplos de ello como el convenio Colectivo de Telefónica Media de 2001 y las normas para uso racional del correo electrónico del BBVA.

En tales casos el aprovechamiento personal por el trabajador del utillaje de la empresa constituye un acto de desobediencia sancionable al considerarse que transgrede la buena fe y que perjudica a la empresa, cuando menos al reducir el tiempo de trabajo.” (Montoya Melgar, A., 2003)

6. CONCLUSIONES

En esta época de la globalización y el uso de las nuevas tecnologías a la vez que han contribuido a mejorar las condiciones de vida del ser humano, también se han generado complicaciones al momento relacionarnos comunicarnos y entendernos, lo que da lugar a un conjunto de relaciones altamente complejas y asimétricas entre el empleador y el trabajador.

La fiscalización por parte del empleador de los medios informáticos queda a disposición del trabajador no pueden contravenir principios y derechos constitucionales, a lo que nos atrevemos a referir que al no existir una regulación específica, el empleador tiene la carga de organizar y hacer público a sus trabajadores la forma en que se va realizar el uso de las herramientas informáticas que se dan a su disposición.

Sin embargo, estas medidas deben ser necesarias, idóneas y proporcionales, ya

6 Ley 1273 de 2009: Por medio de la cual se modifica el Código Penal, se crea un nuevo bien jurídico tutelado denominado “ de la protección de la información y de los datos” y se preservan integralmente los sistemas que utilicen las tecnologías de la información y las comunicaciones, entre otras disposiciones

que la última medida es el despido del trabajador, que de realizarse sin entender al debido proceso y la eliminación del expectativa de intimidad o privacidad en los medios informáticos laborales, resultará aún más gravosa la situación para el empleador, razón por la cual la protección a los derechos fundamentales ha de ser la máxima en la creación y aplicación de dichos procedimientos.

Queda clara la postura de este texto, en el sentido de que los medios informáticos son herramientas de trabajo y su titularidad ha de ser del empleador por lo que se deja claro que en su uso no están contemplados fines particulares a menos que el empleador así lo prevea o que por omisión no se haga la claridad.

Finalmente en Colombia se deja claro que el empleador puede acceder a los historiales de navegación, más no al historial de cada una de las redes sociales y correos electrónicos privados del trabajador, es decir su contenido no puede ser revisado bajo ningún motivo por el empleador

7. REFERENCIAS

Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, Colombia, Concepto 744953, ago. 1º/14 Tomado el 5 de agosto de 2014. http://www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/flas_juridico/922_Mintic-Concepto%20744953.pdf

Colombia, (2013). *Código Sustantivo del Trabajo*, Bogotá: Legis.

Colombia. : *Ley 1273 de 2009. "Por medio de la cual se modifica el Código Penal, se crea un nuevo bien jurídico tutelado - denominado «de la protección de la información y de los datos» y se preservan integralmente los sis-*

temas que utilicen las tecnologías de la información y las comunicaciones, entre otras disposiciones».

Corte constitucional (2007). Colombia, Sentencia T-405 Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño

Corte constitucional (2008). Colombia, Sentencia T-916 Magistrada Ponente: CLARA INES VARGAS HERNÁNDEZ

Corte constitucional (2010). Colombia, Sentencia C-640 Magistrado Ponente MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Corte Suprema de Justicia (2007). Colombia, Sentencia : 05001-22-03-000-2007-00230-01 Magistrado Ponente: Arturo Solarte Rodríguez

Larrea De Rossi, J. A (2009) EL DESPIDO MOTIVADO EN EL USO IRREGULAR DEL E-MAIL LABORAL. Perú Revista virtual informática jurídica Tomado el 23 de octubre de 2013 http://www.informatica-juridica.com/trabajos/EL_DESPIDO_MOTIVADO_EN_EL_USO_IRREGULAR_DEL_E.pdf

Montoya Melgar, A. (2003) Derechos del trabajador e informática. España Revista virtual informática jurídica. Tomado el 1 de noviembre de 2013 <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1090/30.pdf>

Téllez, J. (1987). Derecho informático. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2004). Perú, sentencia EXP. N.º 1058

Tribunal de Cataluña (2000). España, sentencia 9382. Magistrado Ponente FRANCISCO JAVIER SANZ MARCOS